

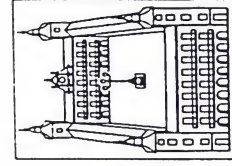
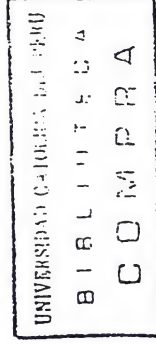
Monografías CIVITAS

Directores: Manuel Alonso Olea, Matías Corrés, Luis Díez-Picazo, Jaime García Añoveros, Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez, Aurelio Menéndez, Gonzalo Rodríguez Mourullo y Rodrigo Uría.

FRANCISCO JORDANO FRAGA
Profesor Titular de Derecho Civil

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Prólogo de
FRANCESCO GALGANO
catedrático de Instituciones de Derecho privado.
Universidad de Bolonia



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

El buen padre de familia aparecía mencionado en las fuentes no jurídicas de la edad republicana (CICERÓN, CATÓN, VARRÓN) como cuidadoso jefe de la explotación doméstica rural. Pronto esta figura tocó los confines del Derecho de obligaciones, y el amor a la construcción y generalización de épocas posteriores lo convirtió en metro universal de la culpa.⁸⁷

La crítica de este modelo por la doctrina alemana (MENGESHAUSEN, PUCHTA, GIERKE), basada en su indeterminación y vetustez, determinó su desaparición del proyecto del BGB, que substituyó el *ordentlich Hausvater* por la diligencia requerida en el tráfico (*in Verkehr erforderlicher Sorgfalt*).⁸⁸

A estas críticas se ha respondido⁸⁹ que el legislador latino ha hecho bien en conservar el módulo tradicional, porque la vieja fórmula, por su antigüedad, contiene una nobleza expresiva que en vano se podría encontrar en fórmulas modernas, y que el hecho de conservarse inalterada, es precisamente el resultado de su adaptación a las nuevas necesidades. De forma que la elasticidad de la fórmula del buen padre de familia, lejos de ser un inconveniente, se convierte en su mayor valor, pues le permite ser simultáneamente modelo de conducta del pequeño agricultor y de un profesional técnico altamente cualificado (un ingeniero nuclear, por ejemplo).

De hecho, la moderna crítica pone de manifiesto la transformación que se ha operado detrás de la terminología conservada.⁹⁰ El peligro que está detrás del uso del modelo tradicional (la confusión de la normalidad con la mediocridad) se afronta con un sustancial cambio de su contenido histórico, con un

⁸⁷ Para unas breves notas históricas, cfr. GIORGIANNI, *voz cit.*, y CANNATA, *op. cit.*, pp. 1006 y ss. Este último pone de relieve el carácter relativamente reciente del modelo.

⁸⁸ Para las referencias a las críticas, a veces feroces (e ingenuas, como escribió GIORGIANNI, *ibid.*, p. 596), *vid.* BARASSI, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

⁸⁹ Cfr. BARASSI, *op. cit.*, y *loc. cit.*, y GIORGIANNI, *ibid.*

⁹⁰ Cfr. NATOLI, *op. cit.*, pp. 97 y ss.; CANNATA, *op. cit.*, y *loc. cit.*; CARPONI SCHITTAR, *Il buon padre di famiglia: un parametro in via di superamento (Appunti a margine dell'articolo 1.176 del Codice civile)*, en «Temi», 1976, pp. 449 y ss., y *alíí* p. 455: «Partiendo de esta disposición debena observar que parece evidente la necesidad de adecuar la norma (artículo 1.176 del C. civ. it.) a las nuevas exigencias de una civilización que cada día requiere de sus componentes competencias y prestaciones cada vez más técnicas y especializadas, en las cuales la diligencia (debida progresivamente ya no puede prescindir de una preparación específica) alto nivel (piénsese, casi por reducción al absurdo, en el caso de la diligencia del depositario de individuos hibernizados).»

acentuación del carácter relativo de la diligencia, de su apego a las exigencias propias de cada relación obligatoria. Fue esta exigencia la que trató de satisfacerse en el Derecho intermedio con la multiplicación de los grados de la culpa, y la que subsistió en los Códigos decimonónicos que conservaron la diligencia *quam in suis* y que estatuyeron una cláusula general de aplicación con mayor o menor rigor del criterio general de diligencia acogido.

En este contexto se explica la adecuación de la diligencia a la naturaleza de cada obligación (art. 1.104 del C. c.), la inclusión de la impericia en el ámbito de la culpa y la referencia al mismo módulo de diligencia en relaciones tan diversas (artículos 270, 497, 1.555-2, 1.719-2.º, 1.889 del C. c.). Así se explica, también, la aparición de locuciones diferentes que acentúan la necesidad de «especialización» de la diligencia: «ordenado comerciante» (art. 79 de la LSA) y «buen labrador» (artículo 256 de la LR y DA, hoy ya derogado).

De modo que desde esta perspectiva, el buen padre de familia se presenta como una expresión tradicional y persistente en la que detrás de la conservada terminología se esconde una nueva realidad.

2. El artículo 7.1 del Código civil y la norma de la buena fe

- A) LA BUENA FE COMO NORMA DE CONDUCTA DE CARÁCTER GENERAL EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES. ÁMBITOS DE RELEVANCIA DE LA BUENA FE EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La introducción de la norma del artículo 7.1 del Código civil con la reforma del Título Preliminar de 1974, ha significado una novedad con relación a la legislación preexistente, si bien que relativa por la presencia en ésta de la norma del artículo 1.258 del Código civil.

La norma del artículo 7.1 aparece como respuesta a la necesidad de flexibilizar en general todas las relaciones jurídicas; también por tanto las relaciones crédito-deuda, en modo que bajo la apariencia de respeto a su estricto tenor, no venga lesionado el interés del acreedor a ser satisfecho, o el del deudor a no sacrificarse más allá de lo razonable.

Se trata, en suma, de un módulo de conducta que funciona las posiciones de exigencia y sujeción, en modo que los intereses de las partes se compatibilicen armónicamente. O como dice la *Relazione* (n. 13) del Código italiano a propósito del deber general de «correttezza» (que es un trasunto del deber fe) «éste no es sino el deber de comportarse en modo de no dañar el interés ajeno fuera de los límites de la tutela legítima del interés propio».

En Italia la desafortunada vinculación en el propio texto de la *Relazione* del principio de la «correttezza» a los principios de la solidaridad corporativa⁹¹ y la misma novedad que supuso la introducción por vez primera de unas cláusulas generales (arts. 1.175 y 1.375 del C. civ. it.) que exigían un esfuerzo doctrinal de situación y de búsqueda de aplicaciones prácticas, produjeron en los primeros tiempos un cierto desconcierto, cuando no un explícito rechazo. De modo que no obstante la considerable anticipación legislativa que el Código italiano supuso en este terreno, ha sido la doctrina posterior la que progresivamente ha ido llenando de contenido las normas de la buena fe. Idéntica labor doctrinal se había realizado en España con anterioridad a la reforma del Título Preliminar, sobre la base de la consideración pacífica de la buena fe como principio general del Derecho de vigencia incuestionable⁹²; labor, también aquí impulsada por la urgencia de dar operatividad real a la vigencia incuestionada de la buena fe.

Ha sido, pues, toda una fructífera labor doctrinal⁹³ la que ha permitido reconstruir la función y el valor del principio de

⁹¹ Lo que, ciertamente, no podía sorprender en un texto como el de la *Relazione*, que había trazado un paralelismo similar al hablar (nada más que) del buen padre de familia (n. 25): «...oggi il buon padre di famiglia è, in conformità della dottrina fascista, il cittadino o il produttore memore dei propri impegni e cosciente delle relative responsabilità». *Id.* Vid. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe...*, cit., p. 123, entre otras, la S. del T. S. de 3 de abril de 1968, que habla de la buena fe como «principio general de nuestro sistema jurídico».

⁹² Labor doctrinal en la que hay que destacar las aportaciones de MENGONI, *Obbligazioni di risultato...* y *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, cit., y de ROBOLÀ, *Il principio di correttezza e la vigencia dell'art. 1.175 C. civ.*, en «Banca bors. e tit. credi» 1965, pp. 149 y ss., y *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, 1968, y de toda una doctrina esforzada en dar un contenido efectivo a las normas de la buena fe y de la «correttezza». Cfr. BETTI, *op. cit.*, pp. 8 y ss.; CATTANEO, *Buona fede obbligatoria e abuso del diritto*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1971, pp. 613 y ss.; BRECCIA, *Diligenza e buona*

la buena fe, asignándole un significado progresivamente mayor, en modo que sus aplicaciones prácticas han aparecido cada vez más extensas e importantes.

En este sentido se ha puesto de manifiesto —operada en Italia la separación de la circunstancial unión de los principios de buena fe y «correttezza» a las ideas corporativas, con la supresión del inciso final de la fórmula originaria del art. 1.175, que se refería a los principios de la solidaridad corporativa— que en manos del intérprete queda una cláusula general a la que dar contenido a la luz de los nuevos datos sociales y normativos, muy especialmente teniendo en cuenta las nuevas directrices emergentes de la Constitución⁹⁴.

fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, Milán, 1968; BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1960, pp. 1342 y ss.; ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, en «Riv. dir. comm.», 1971, I, pp. 277 y ss.; STOLFI, *Il principio di buona fede*, en «Riv. dir. comm.», 1964, I, pp. 163 y ss.; NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, en «Studi sulla buona fede», Milán, 1975; VISINTINI, *Impossibilità della prestazione e giudizio di buona fede*, en «Dir. mar.», 1977, pp. 3 y ss., y ahora en *La responsabilità...*, cit., pp. 81 y ss.; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit.; MANGINI, *op. cit.*, pp. 53 y ss.; ROMANO, *vo. Buona fede*, en «Enc. Dir.», V, Milán, 1959; CARUSI, *vo. Correttezza (obblighi di)*, en «Enc. Dir.», X, 1962; BONVICINI, *op. cit.*, pp. 295 y ss.; DI MAIO, *La esecuzione del contratto*, Milán, 1967; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, en «Riv. dir. civ.», 1965, I, pp. 205 y ss.

En España, aparte del ya citado libro de DE LOS MOZOS, son de destacar: Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963; GÓMEZ ACEBO, *La buena fe y la mala fe: su encuadramiento en la teoría del Derecho y su eficacia en el Código civil*, en «RDP», 1952, pp. 101 y ss. y 192 y ss. Sobre el abuso del derecho como aplicación más patente de las exigencias de la buena fe: MARTÍN BERNAL, *El abuso del derecho*, Madrid, 1982 (y allí completa bibliografía). Con carácter general, es fundamental la obra de Cossío *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955. Además, los comentarios al artículo 7 del Código civil, de BATLLE VÁZQUEZ, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, I, pp. 116 y ss., Madrid, 1978, y de MONTÉS PENEDÉS, en *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid, 1977, pp. 356 y ss. Recientemente, sobre la buena fe como norma integradora del contrato, es decisivo C. LASARTE, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, en «RDP», 1980, pp. 50 y ss.

Muy recientemente, sobre la buena fe como principio general y sus principales aplicaciones, con interesantes apuntes acerca de sus posibilidades futuras de desarrollo, cfr. FERREIRA RUBIO, *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*, Madrid, 1984.

⁹⁴ Cfr. ROBOLÀ, *Le fonti...*, cit., pp. 112 y ss., y *Il principio della correttezza...*, cit., pp. 154 y ss.

Este carácter de cláusula general que tiene la buena fe, resulta con claridad de la fórmula general del artículo 7.1 y de aquella otra del artículo 1.258 del Código civil, en las cuales no se indica cuál sea en concreto el contenido de la buena fe, sino que ésta se presenta como una fórmula elástica en la que caben todas las exigencias de lealtad y corrección y que admite toda suerte de adaptaciones a las concretas circunstancias de cada caso.

La buena fe que aquí se considera, no es aquella subjetiva indicadora de un estado personal de ignorancia de estar dañando un derecho ajeno (como, por ejemplo, se aplica en materia de posesión), sino que es aquella objetiva, entendida como modelo ético-jurídico de conducta. Es esta buena fe objetiva como criterio de conducta leal, la que desarrolla una función normativa instrumental con relación al contrato (cfr. art. 1.258 del C. c.) o en general con relación al vínculo obligatorio, cualquiera que sea su fuente⁹⁵.

Es este parámetro objetivo de conducta leal, el que, a través de su función integradora de la relación obligatoria, revaloriza y modaliza las posiciones de las partes. De modo que si el nacimiento de la obligación, cualquiera que sea su fuente, determina entre las partes posiciones de sujeción y poder (a veces recíprocas), y determina, a su vez, una virtual posibilidad de

⁹⁵ Sobre la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva y sus respectivos ámbitos, *vid.* De Los Mozos, *ibid.*, pp. 45 y ss. y 57 y ss.

Es en este sentido objetivo en que buena fe y «correttezza» coinciden; el principio de actuación leal y correcta que con carácter general impone el artículo 1.175 del Código civil italiano a todo acreedor y deudor recíprocamente, es el mismo que se repite (como una aplicación del anterior) en el ámbito de las obligaciones contractuales por el artículo 1.375 del mismo Código, al decir que el contrato debe ser ejecutado según la buena fe.

Por lo que no tiene sentido decir sobre la base del artículo 1.375 del Código civil italiano (olvidándose el art. 1.175) que la buena fe se aplica sólo en el ámbito de las obligaciones contractuales (BARASSI, *op. cit.*, p. 9). En cambio, la exacta comprensión de la relación existente entre ambos artículos lleva a concluir que la norma del artículo 1.375 del Código civil italiano ante la del artículo 1.175 «podría tal vez considerarse superflua» (MESSINEO, *voz Contratto (dir. priv.)*, en «Enc Dir.», IX, Milán, 1961, p. 956).

En España el carácter general del artículo 7.1 del Código civil (del que es aplicación en el ámbito contractual el art. 1.258) evita toda discusión sobre el ámbito de aplicación de la buena fe. Esta conclusión, si se quiere, resulta más visible en el Código español, por la identidad terminológica con que la buena fe se designa en general y en el ámbito contractual en particular.

injerencia dañosa en la esfera jurídica y personal de la otra parte, se comprende la necesidad de una especial tutela de la confianza que cada parte pone en la lealtad de la otra, la necesidad, en definitiva, de completar con una amplia gama de deberes accesorios el marco de la relación principal crédito-deuda. Esta ampliación de la esfera de la relación obligatoria, da como resultado una relación obligatoria de carácter complejo, con la consiguiente insuficiencia y estrechez de su consideración como relación fundamental o simple, circunscrita estrictamente al deber y derecho a la prestación⁹⁶.

Esta concepción amplia de la relación obligatoria, explica la supervivencia de la misma después del incumplimiento o imposibilidad de la prestación primaria, cuando permanezca un interés del acreedor o del deudor digno de tutela jurídica según un juicio de buena fe en orden a las respectivas posiciones de las partes. Así se explican los llamados «deberes postcontractuales», surgidos de la relación obligatoria compleja (en este sentido, como pone de relieve MENGONI⁹⁷, su calificación, aunque gráfica, es incorrecta, pues la relación subsiste) una vez extinguido el vínculo prestacional principal. Tal es el caso de la obligación de notificar por el deudor de la entrega de una cosa, la imposibilidad sobrevenida de la prestación (aun la liberatoria) al acreedor (cfr. art. 306.2.º del C. com.), que así evita ulteriores perjuicios a la propia falta de la prestación (principal) (así, por ejemplo, el acreedor avisado con tiempo puede preparar un cumplimiento sustitutivo rápido, que evite los daños de una espera infructuosa). La infracción de estos «deberes postcontractuales» basados en la buena fe (en el caso citado hay un interés del acreedor que es atendible con arreglo a este criterio de conducta), precisamente porque se basan en la relación obligatoria, dan lugar a responsabilidad contractual que se determina con arreglo a sus reglas generales. La diferencia estriba en la cuantía de la responsabilidad, que cuando se refiere a un deber accesorio basado en la buena fe viene determinada por la lesión del interés del acreedor de que se trate (en el caso citado los daños derivados de la falta de oportuna notificación), mientras que si se trata de la prestación principal aquella cuantía se determina en función de los daños derivados al acreedor por la falta de ésta

⁹⁶ Cfr. MANCINI, *op. y loc. cit.*; MENGONI, *Obbligazioni...*, cit., pp. 393 y ss.; CARUSI, *voz cit.*, p. 710.

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 394.

(interés creditorio primario). Esta distinción permite explicar el que la cuestión de la responsabilidad del deudor (por la sola cuantía del interés del acreedor lesionado) se pueda plantear aun cuando respecto de la prestación principal el deudor —con arreglo a las mismas reglas generales de responsabilidad que en el primer caso lo hacen responsable— resulte irresponsable. Esto se ve muy bien en el caso de «deber postcontractual» citado: aquí la presencia de la imposibilidad sobrevinida de la prestación principal si no es imputable al deudor excluye la responsabilidad del deudor por falta de su cumplimiento, pero, a su vez, esta liberación no excluye una eventual responsabilidad del deudor (determinada con arreglo a las reglas generales de responsabilidad y sólo por los daños causados por la omitida notificación) si deja de comunicar oportunamente al acreedor el acaecimiento de la imposibilidad liberatoria.

No comprender la eficacia integrativo-normativa de los artículos 7.1 y 1.258 del Código civil, es situarlos en un plano genérico, de declaración de principios, ajeno a la aplicación real del Derecho y carente de un verdadero valor normativo.

La buena fe que desarrolla como norma de comportamiento una función integradora de la relación obligatoria, es aquella, de origen romanístico, de carácter contractual que opera entre sujetos situados en un plano de igualdad; y no aquella otra de origen germánico que opera entre sujetos jerárquicamente subordinados, de tradición feudal (fidelidad, *Treu*).⁹⁸ A la primera tradición pertenecen las normas de los Códigos latinos que se refieren a la buena fe en la ejecución del contrato, en tanto que de la segunda derivan las normas de inspiración corporativista (que en España no contaminaron el Derecho privado, pero sí, especialmente, el laboral) felizmente derogadas.

De este carácter integrador unido a la tradición privatista de la buena fe, derivan básicamente dos consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual.⁹⁹ Por una parte, al convertirse la buena fe en fuente de obligaciones accesorias de la prestación principal y producirse una integración de la regulación contractual u obligacional, se produce una ampliación del ámbito de la responsabilidad contractual, pues, en efecto, la virtud

⁹⁸ Vid. VISINTINI, *Impossibilità...*, cit., p. 6, nota 4.

⁹⁹ Cfr. VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 5; y *La responsabilità...*, cit., pp. 83-84.

idad de estas obligaciones accesorias consiste en que la violación de las mismas da lugar a responsabilidad contractual.

Por otra parte, la buena fe se convierte en un instrumento de moderación del (eventual) rigor de la responsabilidad contractual. En la misma medida en que la buena fe limita el poder de exigir que tiene el acreedor sobre el deudor en todos los casos en que la pretensión del primero sería desleal o incorrecta, en esa misma medida se limita el ámbito de lo debido por el deudor, y por consiguiente se aumentan las posibilidades de liberación de éste.

B) TEORÍA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN

Por el primer camino de relevancia de la buena fe antes señalado, se produce la teorización sobre los deberes de protección.¹⁰⁰ Teorización que tiene su origen en Alemania (STAUB, STOLL, SIEBERT) y que pone de manifiesto como en la relación obligatoria, junto al interés fundamental o primario del acreedor a la realización de la prestación, existe, como consecuencia de la proximidad de esferas (personal y jurídica) determinada por el vínculo obligatorio, otro interés (secundario) en ambas partes a que del vínculo, de su realización, no derive daño para ninguna de ellas.

Por ello, junto a los deberes de prestación (*Leistungspflichten*), aparecen los deberes de protección (*Schutzpflichten*). Los primeros tienden a la realización del interés primario del acreedor. Los segundos, fundamentalmente derivados de la idea de buena fe, se dirigen a preservar a cada una de las partes del daño que les

¹⁰⁰ Cfr. CARUSI, *voz cit.*, pp. 710 y ss.; VISINTINI, *Impossibilità...*, cit., pp. 13 y ss., y *La responsabilità...*, cit., pp. 138 y ss.; MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., pp. 55 y ss.; MENGONI, *Obbligazioni...*, cit., pp. 368 y ss.; MANCINI, *op. cit.*, pp. 2 y ss. y 87 y ss.; SCOGNAMIGLIO, *voz cit.*, pp. 675 y ss.; BENATTI, *op. cit.*, *passim*; STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, en Arch. civ. Praxis, 136 (1932), y *Die Lehre von der Leistungsstörungen*, Tübinga, 1936; SIEBERT, *Treu und Glauben*, Stuttgart, 1959 (en SOERGEL u. SIEBERT, «BGB», I, sub parágrafo 242).

El autor a quien se debe el haber identificado por primera vez su-
puestos de responsabilidad contractual que prescinden del incumplimiento
de la obligación principal fue STAUB (*Die positiven Vertragsverletzungen*,
Berlín, 1904), a través de la elaboración de la categoría de las «violacio-
nes contractuales positivas», que después tuvo amplia acogida en la doc-
trina alemana.

pueda derivar del cumplimiento de la obligación. Los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto al deber de prestación; de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido. Si el daño del acreedor ha existido (en un interés crediticio distinto del de la prestación), se opera la responsabilidad del deudor por violación de estos deberes de protección aunque haya cumplido el deber de prestación, pues el diferente contenido de la responsabilidad en uno y otro caso, permite que puedan funcionar independientemente uno de otro.

La responsabilidad del deudor (o eventualmente del acreedor) por la infracción de estos deberes es de carácter contractual, pues se trata de la violación de una obligación (de cautela o prudencia, que tiene su raíz en la buena fe, en la lealtad y corrección hacia la contraparte) que preexiste a la propia afirmación de la responsabilidad. El carácter contractual de esta responsabilidad se explica porque los deberes de protección concurren a la realización del objeto de la relación obligatoria considerado en términos globales o genéricos.¹⁰¹

De este modo la noción de responsabilidad contractual resulta ampliada, pues junto a la responsabilidad por incumplimiento en sentido estricto (derivada de la violación del deber de prestación), aparecen los supuestos de violación de deberes de protección que se refieren a intereses diversos.

En la enucleación de estos deberes, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que no obstante hallarse buena parte de ellos consagrados legalmente, se trata de una serie abierta¹⁰², carácter que es un margen de maniobra en manos del intérprete y que es consecuencia lógica del carácter de cláusula general

¹⁰¹ Pues en tal objeto así considerado se incluye no sólo la realización de la prestación principal, sino que de tal realización no resulte daño para las partes.

Cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 369; MAJELLO, *op. cit.*, pp. 60-61 y 67; MANGINI, *op. cit.*, p. 4.

Ejemplo clásico de LARENZ, *Derecho de obligaciones* (trad. de J. SANTOS BRIZ), I, Madrid, 1958, pp. 363-364; daño producido por un albañil en el maderamen del tejado una vez que ha realizado su reparación (prestación principal), una vez que ha cumplido, por causa de haber arrojado descuidadamente una cerilla al encender un pitillo. La responsabilidad (contractual) surge de la violación del deber accesorio de cautela o prudencia respecto de las cosas ajenas situadas en la esfera de la prestación principal, no del de prestación, que ya se había cumplido.

¹⁰² Vid. VISINTINI, *Impossibilità...*, cit., p. 15, y *La responsabilità...*, cit., p. 161; CARUSI, *voz cit.*, p. 713.

que tiene la buena fe (arts. 7.1 y 1.258 del C. c.), abierta siempre a la tutela de nuevas exigencias.

En segundo lugar, se debe de tener en cuenta que existe un límite mínimo y otro máximo en la enucleación de los deberes de protección. El primero viene dado por el dato de que para que la violación productora del daño dé lugar a responsabilidad de carácter contractual, ha de ser tal que sea causada por una actividad esencialmente ligada a la ejecución de la relación obligatoria de que se trate y no ocasionalmente ligada a la misma (en este segundo caso se trataría de responsabilidad extracontractual)¹⁰³.

El segundo límite aludido, viene dado por la propia noción de deber de protección. Para que la responsabilidad contractual

¹⁰³ Cfr. MENGONI, *ibid.*, p. 369; CARUSI, *voz cit.*, p. 715; VISINTINI, *Impossibilità...*, p. 15, y *La responsabilità...*, cit., p. 162; SCOGNAMIGLIO, *voz cit.*, p. 675.

No basta, como dice MENGONI (*op. y loc. cit.*), que el daño no habría podido producirse sin la existencia de la relación obligatoria (criterio adoptado por STOLL y rechazado por MENGONI), sino que es preciso que el daño derive causalmente de la ejecución de aquella relación y no ocasionalmente.

Adoptado el criterio de STOLL, se debería admitir la responsabilidad contractual por el robo de un fontanero en la casa donde presta sus servicios, o del arrendatario que en el curso de una discusión sobre el importe de la renta hiere al arrendador de la vivienda alquilada, mientras es claro que se trata de dos casos de responsabilidad extracontractual.

Un caso de responsabilidad contractual por infracción de un deber de protección es el extraído por MENGONI de las fuentes romanas: el del preceptor que en uso de sus atribuciones correctivas se excede en el castigo del pupilo, empleándolas más allá de lo que (precisamente por la existencia de un deber de protección) justifican las necesidades del aprendizaje.

La violación del deber de protección aludido por el preceptor (castigo excesivo) produce una responsabilidad contractual que no prejuzga el exacto cumplimiento de la prestación principal (la calidad de la enseñanza prestada) y cuyo contenido es el importe de los daños causados por la inadecuada severidad. El carácter contractual de tal responsabilidad obedece al entronque esencial de las facultades correctivas del preceptor (y, por consiguiente, de la posibilidad de su abuso) en la prestación principal de enseñanza.

En la identificación de la causalidad esencial (no ocasionalidad) entre ejecución de la relación obligatoria y daño en un interés diverso del de la prestación, ha de procederse (CARUSI, *voz y loc. cit.*) según una valoración típica, teniendo en cuenta la específica posibilidad de injerencia dañosa que ofrece la relación obligatoria de que se trate. Debe tratarse, por tanto, de los riesgos específicos de la relación, valorados según un criterio de normalidad y tipicidad, es decir, previsibles por la experiencia, por el decurso normal de los hechos.

por violación de un deber de protección exista, debe de tratarse de intereses distintos al de la realización de la prestación. Siempre que se trate de la realización de la prestación, de la aseguración del exacto cumplimiento, existirá, sí, responsabilidad contractual, pero por incumplimiento, existirá un deber, pero de prestación ¹⁰⁴.

Desde esta perspectiva, se presenta un ámbito ulterior de (eventual) relevancia de la buena fe en el campo de la responsabilidad contractual. Se trata de la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida de la prestación cuando ésta es imputable al deudor: ¿Es de naturaleza contractual o extracontractual? Si es de naturaleza contractual —como parece más coherente con los arts. 1.101, 1.105 y 1.182 del C. c.—, ¿se trata de responsabilidad por incumplimiento (violación del deber de prestación)? ¿o de responsabilidad por violación de un deber de protección? Y, en su caso, ¿qué trascendencia efectiva tiene el seguir una u otra vía?

Cuestiones, todas ellas, relacionadas con la consideración de la relación obligatoria como relación simple o, por el contrario, compleja, y con la idea que se tenga del contenido de la prestación.

El problema por ahora queda sólo planteado, y será afrontado cuando se hable de la imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida, su sede más propia. Pero aquí, baste poner de manifiesto, cómo el interés que subyace en la preparación del cumplimiento, en la preservación de la posibilidad de la prestación, no es autónomo respecto del interés del cumplimiento mismo; por lo que es lógico que se reconduzca al deber de prestación el de evitar la imposibilidad de ésta, y que la violación de este deber, no sólo sea responsabilidad contractual, sino, además, responsabilidad por incumplimiento ¹⁰⁵.

Los deberes de protección se clasifican normalmente por la doctrina ¹⁰⁶ en cuatro categorías: deberes de aviso o comunicación, deberes de custodia, deberes de conservación o seguridad y deberes de salvamento o rescate.

Los primeros son aquéllos en virtud de los cuales, una de las partes debe de avisar a la otra de cualquier alteración producida en la situación de hecho contemplada por la relación

¹⁰⁴ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 370; MANCINI, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁵ Cfr. MANCINI, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁶ Vid. VISINTINI, *La responsabilità...*, cit., p. 162, e *Impossibilità...* cit., p. 15.

obligatoria existente entre ambas que pueda afectar a un interés suyo. Entre los casos reconocidos legalmente se destacan: artículo 1.720 del Código civil, artículo 306-2.º del Código de comercio, artículos 1.559, 1.752 y 1.751 del Código civil, y artículos 10 y 16 de la Ley de Contrato de Seguro, entre otros.

Entre los deberes de custodia, se citan los casos de responsabilidad por daño en las cosas y efectos introducidos por los clientes en fondas, mesones, hoteles (art. 1.783 del C. c.), y en general en toda clase de establecimientos públicos (bañeros, restaurantes, etc.) en los que se desarrolla la actividad deudora principal.

Entre los deberes de conservación o seguridad, se citan aquellos que se refieren a la integridad física del viajero en el transporte de personas o a la del arrendatario en el arrendamiento de vivienda, bien entendido que el deber de protección (y la consiguiente responsabilidad contractual) del transportista y del arrendador se refiere exclusivamente a los daños derivados del transporte y del mal estado de la vivienda.

Entre los deberes de salvamento o rescate, tendentes a evitar la especulación con el daño, puede considerarse como paradigmático el del artículo 17 de la Ley de Contrato de Seguro.

La consideración de los deberes de protección, impone la reafirmación del carácter complejo de la relación obligatoria ¹⁰⁷ de la que surgen, junto al deber de prestación primario, una serie de deberes integrativos de contenido autónomo que en ella tienen su origen y que, consiguientemente, al ser violados producen un ensanchamiento de la responsabilidad contractual.

C) IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA Y BUENA FE

El otro gran campo de relevancia de la buena fe, es el ofrecido por la importancia que el juicio de buena fe tiene a efectos de la liberación del deudor. A través de este juicio se produce un ensanchamiento del hecho liberatorio, en tanto que junto a la imposibilidad estricta de la prestación, vienen en consideración todos aquellos supuestos en que, con arreglo a una valoración de buena fe de las circunstancias del contrato, el esfuerzo requerido al deudor para cumplir sobrepasaría el límite de lo exi-

¹⁰⁷ Cfr. MANCINI, *op. cit.*, p. 3, y MENGONI, *ibid.*, p. 369, nota 17.

gible, de forma que la exigencia por el acreedor del cumplimiento en estos casos se califica como desleal, incorrecta o abusiva.¹⁰³

En esta aplicación de la buena fe consisten la teoría de la inexigibilidad y la del «límite del sacrificio» del deudor, que tienen su origen en Alemania (*Unzumutbarkeit, Obergrenze*), que consisten, precisamente, en proclamar la liberación del deudor del deber de prestación siempre que ésta sólo sea posible realizarla con un sacrificio excesivo según buena fe, o con medios tales que no puedan decirse comprendidos en la naturaleza de la prestación misma, en forma que de realizarse la prestación con ellos, la prestación resultante sea diversa a la inicialmente concebida.

La teoría de la inexigibilidad de la prestación fue autorizada por el Código de Comercio italiano, que introdujo en Italia por MENGONI¹⁰⁹, quien puso a modo especial de relieve, la necesidad de coordinar las normas de responsabilidad (en España, los arts. 1.101, 1.105 y 1.182 del C. c.) con aquellas otras que consagran la cláusula general de la buena fe y su consiguiente aplicación en el Derecho de obligaciones (arts. 7.1 y 1.258 del C. c.). Esta necesidad, tan poco ha pasado inadvertida en la doctrina y jurisprudencia españolas¹¹⁰, que a través de la consideración de la buena fe proceden a un ensanchamiento de la noción de la imposibilidad de brevenidad de la prestación, como elemento (objetivo) del hecho liberatorio-extintivo.

La buena fe no constituye en sí misma un criterio de liberación (lo que no es consentido por los arts. 1.105 y 1.182 del C. c.), sino que indirectamente, a través de la determinación del contenido de la prestación, determina la amplitud del hecho liberatorio que es (uno de sus elementos) la imposibilidad sobrevenida de la prestación, que se mide con los mismos criterios con los que se mide la propia prestación.

La buena fe aparece así como una de las vías doctrinales para suavizar el (eventual) rigor de las reglas de responsabilidad

¹⁰⁸ Cfr. VISINTINI, *Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti*, cit., pp. 27 y ss.; *Impossibilità...*, cit., pp. 3 y ss., y *La responsabilità...*, cit., pp. 8 y ss.

¹⁰⁹ *Obbligazioni...*, cit., pp. 281 y ss.

¹¹⁰ Cfr. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 358 y ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN *op. cit.*, pp. 238-239, y la S. del T. S. de 9 de noviembre de 1949, citada por estos últimos.

Sobre la inexigibilidad y las relaciones de buena fe e imposibilidad, volveremos al analizar el límite de la responsabilidad contractual; por ahora, basten estas consideraciones.

En este mismo orden de ideas, de suavización del rigor de las reglas de responsabilidad haciendo uso de la noción de buena fe, se coloca la tesis doctrinal que derivando de aquella noción la prohibición general del abuso del derecho (que sintomáticamente el C. c. contiene en el art. 7.2 inmediatamente detrás —y como su consecuencia— de la norma que impone la buena fe en el ejercicio de los derechos), considera a éste como medio para atenuar las posibles asperezas del sistema en materia de responsabilidad por incumplimiento. La noción de abuso del derecho, atenúa el rigor de los principios de responsabilidad contractual, limitando el ámbito y la extensión de la pretensión del acreedor hasta el confín de cuanto resulta exigible de la conducta del deudor. «Más allá de cuanto es exigible del deudor, resulta superfluo poner un problema de responsabilidad, puesto que el derecho del acreedor ha cesado, y la persistente pretensión del acreedor constituye abuso del derecho»¹¹¹.

Así se actúa el carácter recíproco de la buena fe como criterio de conducta susceptible de tutelar, también, el interés del deudor a no llevar su sacrificio en el cumplimiento más allá de lo razonable. Si la buena fe por una parte ensancha el ámbito de la responsabilidad contractual al servir de base a una serie de deberes accesorios del deudor en favor del acreedor, dirigidos sea a la realización del cumplimiento (deberes integrativo-instrumentales del cumplimiento), sea a la preservación del daño en intereses diversos de aquél de la prestación (deberes de protección); el carácter recíproco de este criterio de conducta se actúa, por una parte, con la existencia de deberes de protección en favor del deudor (también en éste es atendible la exigencia a que el cumplimiento no le resulte daño en un interés suyo, que definición no será de prestación), y, por otra, por la tutela que la buena fe, como criterio que fija el límite de lo exigible, ofrece al interés específico del deudor en cuanto tal (pues la obligación puede ser sinalagmática, y el deudor simultáneamente acreedor), es decir, el de la liberación.

¹¹¹ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 276, y *vid.* también p. 288: «Il limite dell'esigibilità, oltre il quale comincerrebbe l'abuso, finisce, dunque, per attenuare la concezione rigorosamente obiettiva, che anche il nostro codice accoglie, della responsabilità per inadempimento (art. 1.218).»

La buena fe se convierte así en un criterio para la moralización del Derecho ¹¹² (a través de la moralización del ejercicio de los derechos), o en una especie de subrogado moderno en el Derecho de obligaciones de la *exceptio doli generalis* ¹¹³ del Derecho romano.

D) BUENA FE Y DILIGENCIA

La relevancia de la buena fe en el ámbito de la responsabilidad contractual plantea el problema de las relaciones existentes con otra cláusula general operante en este ámbito, es decir, la diligencia ¹¹⁴. La distinción entre ambos criterios generales de conducta ha de operarse en el plano funcional. Mientras la buena fe opera en el marco general de la relación obligatoria, y se refiere, por tanto, recíprocamente a deudor y acreedor; la diligencia se refiere sólo a la posición deudora (en la que, ciertamente, pueden estar recíprocamente ambas partes) y sólo por cuanto se refiere a la actividad del cumplimiento ¹¹⁵. La diligencia es un instrumento de control de la actividad de cumplimiento del deudor, se refiere sólo al «cómo» de la prestación. Por tanto su papel se explica en el terreno de la responsabilidad por incumplimiento, como criterio de la misma. Criterio mediato de responsabilidad en función de cómo se resuelve el incumplimiento del artículo 1.104 del mismo Código. Sentado que el caso de alteración de las circunstancias del contrato, el de responsabilidad sólo se actúa cuando el primero resulta insuficiente para agotar el control sobre las mismas.

Recientemente ¹¹⁶, en Italia se ha puesto de relieve como la cláusula general de la buena fe, ha adquirido progresivamente significado normativo en las aplicaciones jurisprudenciales. Así se ha pasado de pronunciamientos que negaban a la buena fe

¹¹² RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 289.

¹¹³ BARASSI, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

¹¹⁴ Sobre las cláusulas generales como instrumentos más adecuados

los cambios de una realidad dinámica, y como expediente para evitar el enrigdecimiento del sistema legislativo, *vid.* RODOTÀ, *voz cit.*, p. 540.

Sobre las relaciones entre buena fe y diligencia, *cf.* RODOTÀ, *voz cit.*, p. 542, y *Le fonti di integrazione...*, *cit.*, pp. 152 y ss.; BESSONE, *Adempimento...*, *cit.*, pp. 397 y ss.; VISINTINI, *Impossibilità...*, *cit.*, p. 11, y *La esecuzione del contratto*, *cit.*, pp. 396 y ss.

¹¹⁵ *Cfr.* RODOTÀ, *Le fonti...*, *cit.*, p. 153, y DI MAIO, *op. cit.*, p. 398.

¹¹⁶ La diligencia en todo caso tiene relieve en función del momento activo del vínculo obligatorio. »

función (o funciones) de la diligencia en el sistema de la responsabilidad contractual, emergerá la coordinación entre las normas arriba mencionadas.

Por el momento, puede decirse con RODOTÀ ¹¹⁶, que la diligencia es un criterio de responsabilidad en relación a una prescripción ya determinada, presupone un contenido ya fijado. De modo que mientras la diligencia se refiere a la medida del esfuerzo del deudor, a la conformidad de su comportamiento con aquél que es debido, la buena fe se refiere a la propia (y previa) determinación de lo debido (fijación del límite de lo exigible del deudor).

Sobre esta misma base se ha operado la separación de los respectivos ámbitos de los juicios de responsabilidad y buena fe ¹¹⁷. El juicio de buena fe se refiere a las circunstancias del contrato, para determinar cuál es el límite del sacrificio debido por el deudor a tenor de una recta apreciación de la economía singular del contrato. El juicio de responsabilidad (en el que juega la diligencia, con un papel, por el momento, a determinar) opera en un momento posterior, una vez verificada la relevancia de las circunstancias creadas para la economía singular del contrato; y su virtualidad consiste en el análisis de la eventual coexistencia de aquellas circunstancias con la conducta del deudor (lo con su esfera de riesgo) para, en caso afirmativo, hacerlo responsable.

De modo que, mientras el juicio de buena fe opera en todo el caso de alteración de las circunstancias del contrato, el de responsabilidad sólo se actúa cuando el primero resulta insuficiente para agotar el control sobre las mismas.

Recientemente ¹¹⁸, en Italia se ha puesto de relieve como la cláusula general de la buena fe, ha adquirido progresivamente significado normativo en las aplicaciones jurisprudenciales. Así se ha pasado de pronunciamientos que negaban a la buena fe

¹¹⁶ *Op. ult. cit.*, p. 160, *vid.* también *voz cit.*, p. 542.

En sentido análogo, *vid.* DI MAIO, *ibid.*, p. 399; la diligencia «es un criterio de control del comportamiento del deudor desde el momento de la asunción del vínculo hasta el de la actuación del mismo, pero opera siempre en función del juicio de responsabilidad por incumplimiento».

¹¹⁷ *Cfr.* BESSONE, *op. y loc. ult. cit.*

¹¹⁸ *Id.* *Visintini, Impossibilità...*, *cit.*, pp. 17 y ss., y *La responsabilità...*, *cit.*, pp. 92 y ss.

carácter normativo¹¹⁹, hasta otros más recientes que afirman equivocadamente su carácter de verdadero deber jurídico¹²⁰.

V. El límite de la responsabilidad del deudor: la imposibilidad liberatoria

1. Concepto y caracteres de la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Como hemos visto, el límite de la responsabilidad contractual según se desprende de las reglas generales de responsabilidad (arts. 1.105 y 1.182-4 del C. c.), se identifica con la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa no imputable al deudor. Hasta este límite, que supone la liberación del deudor (y por ello constituye el contenido de la prueba liberatoria a dar por éste), la responsabilidad contractual se opera por el mero hecho del incumplimiento (art. 1.101 del C. c.).

Corresponde analizar ahora los elementos del hecho liberatorio-extintivo: elemento objetivo (imposibilidad sobrevenida de la prestación) y subjetivo (no imputabilidad de ésta al deudor).

Respecto al primero, el Código se ha limitado a recoger una larga tradición doctrinal; y, sin embargo, a pesar de su carácter tradicional, es precisamente de esta doctrina largamente asentada sobre la imposibilidad sobrevenida, de donde nació la crítica de Ostrí a principios de siglo hacia la doctrina de la culpa.

El problema fundamental que plantea el elemento objetivo del hecho liberatorio, es el del rigor más o menos amplio con que debe ser configurado. Es este problema, en definitiva, el de la identificación de los impedimentos para prestar relevantes a fines liberatorios, el que está detrás de la discusión acerca de si la imposibilidad es una noción jurídica (determinada por el ordenamiento) o por el contrario natural (noción determinada fuera del ordenamiento, a la que éste se remitiría).

Una primera aclaración resulta obvia. La imposibilidad de que aquí se habla es de carácter sobrevenido¹²¹. Es decir, supone que la obligación ha surgido previamente con todos sus requisitos de validez (incluido el de la posibilidad de su objeto), y que posteriormente es cuando viene a faltar la posibilidad de aquél. Mientras que el problema de la imposibilidad originaria de la prestación es de la validez o invalidez de una relación obligatoria (si se da la imposibilidad, la obligación no llega a surgir, y por tanto la cuestión de su incumplimiento no puede plantearse); el problema de la imposibilidad sobrevenida es el de la extinción o no de una obligación que previamente se ha constituido válidamente (y la cuestión del incumplimiento se plantea en función de que si la obligación no se extingue por la imposibilidad imputable al deudor, la obligación subsiste insatisfecha).

¹¹⁹ Es el caso de la sentencia de la *Cassazione* de 16 de febrero de 1963, n. 357, en «For. Pad.», 1964, I, cols. 1284 y ss., anotada por *Robortà*, *Appunti sul principio di buona fede*.

En dicha sentencia se afirma: «la violación de deberes genéricos de lealtad y de corrección sólo es fuente de responsabilidad por daños cuando concrete la violación de un derecho ajeno, reconocido en base a otras normas».

En su nota crítica, *Robortà* pone de manifiesto la contradicción existente entre el reconocimiento y admisión de los principios de buena fe (art. 1.375 del C. civ. it.) y «correttezza» (art. 1.175 del C. civ. it.) y negarle sucesivamente toda relevancia a su violación cuando ésta no acompañe de la de otras normas diversas que consagren específicamente un derecho.

En sustancia, se niega juridicidad al principio de buena fe y se coloca su esfera de relevancia exclusivamente en el plano de las motivaciones del legislador.

Este planteamiento obedece a una incomprensión de la buena fe, comprensión que tiene su raíz en el no entendimiento del papel de las cláusulas generales, y que se explica en el contexto de un pensamiento jurídico no suficientemente elaborado propenso a vaciar de contenido conceptos normativos que escapan a su comprensión.

Por su parte, *VISINTINI* (*op. y loc. cit.*) resalta cómo en la sentencia citada, contemporáneamente a la negación de la eficacia jurídica de la buena fe en *obiter dicta*, se producía una aplicación de la buena fe a *sub specie* de una norma concreta (art. 1.227 del C. civ. it., que se refiere al concurso de culpa del acreedor en la causación del daño) en la que aquélla se plasma.

¹²⁰ Para las citas, *vid. VISINTINI, ibid.*, pp. 20-21 y 95-97, respectivamente. En especial, «el deber (de buena fe) se viola no sólo cuando una de las partes haya actuado con el propósito doloso de causar un daño a la otra, sino que también si el comportamiento de la misma no se ha inspirado en la lealtad, en la diligente corrección y en el sentido de solidaridad social que precisamente integran el contenido de la buena fe».

En España, sobre la buena fe objetiva como norma de conducta en la jurisprudencia del T. S., *vid. DE LOS MOZOS, op. cit.*, pp. 128 y ss. *Jurisprudencia que ha resaltado, junto a otros aspectos, el contenido jurídico de la buena fe (cfr. ibid., pp. 132 y ss.)*.

En Cfr. Díez-Picazo, Fundamentos..., cit., p. 681; *ALBALADEJO, op. cit.*, p. 212; *CASTÁN, op. cit.*, p. 324.

